

M<sup>a</sup> DOLORS TOLDRÀ ROCA



EL CONSENTIMIENTO  
MATRIMONIAL

UNIVERSITAT DE LLEIDA  
Biblioteca



1600116300

Para el juez ,la motivación va a ser apreciada a efectos de prueba; el por que se ha concluido el acuerdo simulatorio, pero el fundamento verdadero de la simulación, ésta en ese acuerdo o pacto de no asumir los derechos y deberes procedentes del vínculo matrimonial<sup>331</sup>.

Apuntabamos la distinción entre dos clases diferentes de motivos que podían existir entre las partes. Unos, pueden entrañar fraude a la ley, cuando se persiguen efectos, no propios, pero si típicos del matrimonio y que son consecuencia necesaria del mismo. Y posiblemente si no es a través de la institución matrimonial, estos fines no se conseguían de otro modo, (Nacionalidad, subrogación a efectos de la L.A.U., etc...).

Junto a éstos, existen otros, en los que no se pretende conseguir ninguna finalidad concreta o determinada a través de la celebración del matrimonio; no se persiguen fines directos o indirectos, ni típicos o atípicos. La apariencia de matrimonio en estos casos viene motivada por razones sociales, económicas, familiares o personales. Y éstos, en ningún caso, pueden entrañar fraude a la ley.

---

<sup>331</sup>.--En igual sentido la jurisprudencia italiana.Vid. estudio del art.123 (punto 3.6.2. del presente Capítulo).

Sin pretener ser exhaustivos, puede referenciarse algunas "causa simulandi", tales como la finalidad de adquirir una determinada nacionalidad para sustraerse a persecuciones políticas, o persecuciones raciales; para liberarse de trabajos "obligatorios" o para evitar la deportación; contraer matrimonio con una persona de la misma nacionalidad a fin de obtener un visado de emigración, o un permiso de residencia; perseguir la finalidad de cambiar el propio nombre cuando éste se ha convertido en peligroso o incómodo, ostentar el estado de casado cuando sea requerido para conseguir el nombramiento para un determinado cargo, o un ascenso, (-éstos supuestos no entrañarán fraude a la ley y entran en las razones personales o sociales a las que aludimos-), al igual que salvaguardar, ante la sociedad, la homosexualidad o, pretender determinados beneficios económicos, (-como el supuesto de la sentencia aludida del juzgado de Primera Instancia de Barcelona de 17 de noviembre de 1.982-).

También puede pretenderse, a través del matrimonio, la exoneración del cumplimiento de las obligaciones militares o del servicio de trabajo obligatorio; conseguir la subrogación según la Ley de Arrendamientos urbanos, la legitimación de un hijo<sup>332</sup>

---

332.-Una de las sentencias más comentadas por la doctrina en relación al matrimonio simulado para conseguir la legitimación de un hijo es la del Tribunal de Trieste de fecha 14 de marzo de

(supuesto aplicable antes de la Reforma de 1.981 y que en la actualidad se trataría de conseguir que el hijo tuviera la condición matrimonial). La doctrina habla también de otro supuesto de simulación, que a nuestro juicio, no es tal. Se trata del matrimonio civil contraído con la finalidad de renovar en forma solemne la promesa de matrimonio, considerando ,sin embargo, que el verdadero matrimonio será solamente el religioso a celebrar sucesivamente<sup>333</sup>.

En este caso concreto, se presta un consentimiento matrimonial, aunque sometido a condición suspensiva. Se supone que los cónyuges sí desean asumir el vínculo matrimonial pero no en este momento, sino que lo supeditan al acto de celebración del matrimonio canónico. Según lo expuesto, no hay nada que impida la aplicación del art.45 párrafo 2º del Código civil, a tenor del cual, la condición se tendría por no puesta, y el matrimonio como negocio jurídico , deviene válido e inatacable por esta causa concreta.

---

1.973.Fruto de las relaciones mantenidas entre un hombre casado y una mujer, nace un hijo.A fin que el hijo pueda llevar apellidos de los dos progenitores, la mujer contrae matrimonio con el padre, viudo, del padre biológico -en relación de parentesco ,con el abuelo del niño-.Fallecido el esposo de la mujer y divorciado el padre biológico del niño, pretenden contraer matrimonio, pero se encuentran con el impedimento de la relación de parentesco de afinidad entre los dos.La mujer pide la nulidad de su anterior matrimonio por simulación, y ésta, no le es concedida.

333.-CARRIÓN,S.-En torno a la Simulación... Op.cit. Pág.47.  
FINOCCHIARO,F.-Voz "Matrimonio Civile".Enciclopedia del Diritto.  
Op.cit. Pág.836.

Con respecto a la "causa simulandi" hay un punto, que entendemos decisivo para comprender si ha existido o no simulación y, está en íntima relación con el acuerdo simulatorio.

Las partes pueden celebrar el matrimonio con la única finalidad de conseguir un resultado determinado y a la vez, no asumir los derechos y deberes que nacen del vínculo. Aquí estaremos en presencia de un matrimonio simulado.

Otra hipótesis, radicalmente opuesta a la señalada, será aquel matrimonio en el que los cónyuges persiguen alguna finalidad específica, (-tengan relación o no con los efectos típicos del matrimonio-), pero en ningún caso renuncian a asumir los derechos y deberes. Pueden utilizar el matrimonio como un medio o instrumento para conseguir algo, sin renunciar al vínculo. En este supuesto no estaremos en presencia de un matrimonio simulado, porque se habrá prestado un consentimiento matrimonial, (-en cuanto a la asunción de derechos y deberes-), con independencia de los motivos subjetivos que hayan podido inducir a las partes a llevar a cabo la celebración del matrimonio.

En consecuencia, entre las diferentes causas aludidas y planteadas como "causa simulandi", pueden configurarse supuestos de simulación o, simples motivos subjetivos que han motivado a las partes a

contraer matrimonio. Inducido por alguna de estas causas ,se asume el vínculo.

Creemos que es importante realizar esta diferenciación, porque en base a idénticos motivos subjetivos puede estarse en presencia de un matrimonio simulado o no, atendiendo a que expresamente se haya excluido la asunción de los derechos y deberes o, en caso contrario, no se haya renunciado a ellos.

En esta última suposición, la solución jurídica, no será la vía de la nulidad por ausencia de consentimiento matrimonial, sino la disolución del vínculo, (-divorcio-), ya que el matrimonio ha estado válidamente constituido.

### 3.7.3.-PRUEBA DE LA SIMULACIÓN.

La prueba de la simulación, es el punto más difícil de abordar y de compleja resolución, en toda la amplitud de su término.

Piensese que el acuerdo simulatorio, nucleo de la simulación, queda en el fuero interno de las partes, que no se da publicidad al mismo y, que en contadas ocasiones va a constar por escrito. Suponiendo que tal hecho sucediese ,(-su constancia escrita-), tampoco podría servir de mucho fundamento al juez, por que no posee naturaleza negocial y, consecuentemente, no obliga a su cumplimiento, siendo

suseptible de revocación por las mismas partes productoras del acuerdo.

El acuerdo puede servir como dato revelador de indicios de simulación, pero es insuficiente por sí mismo.

Será necesario, por lo tanto, acudir a otros medios como la prueba testifical<sup>334</sup> y las presunciones en virtud de hechos acreditados<sup>335</sup>.

Por medio de la prueba testifical, (-partes y personas allegadas a las mismas-), y de hechos, actos y comportamientos anteriores, (los actos y comportamientos anteriores al matrimonio servirán de pauta al Juez para valorar la conducta de las partes. Sin embargo, por ellos exclusivamente no puede valorarse la simulación propiamente dicha, ya que los derechos y deberes todavía no han nacido entre las partes, éste razonamiento lo hemos expuesto al abordar la necesidad que el pacto o acuerdo sea expreso. Vid. nota 322), y posteriores al acto de

---

334.-Art.1.244 Código civil.-"La prueba de testigos será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida".Vid.Arts.637 a 666 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

335.-Art.1.249 Código civil.-"Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado".

celebración<sup>336</sup> serán los que hagan surgir a la realidad jurídica la apariencia de ese matrimonio.

Un dato, a nuestro juicio, importante que puede demostrar la existencia del acuerdo simulatorio y, en consecuencia de la simulación, es la no existencia de convivencia conyugal entre los cónyuges tras la celebración<sup>337</sup>, de lo que muy bien puede presumirse el firme propósito de las partes de no asumir los derechos y deberes propios del vínculo. No obstante, deseamos destacar que la convivencia, puede perfilarse como medio probatorio de la existencia de simulación, (-cuando no se asume-), y al mismo tiempo, puede ser utilizada como causa eficiente de la convalidación del matrimonio simulado, cuando tras la celebración, y a pesar del acuerdo simulatorio, se asume por las partes dicha convivencia. Abordaremos el tema en páginas sucesivas.

---

336.-En este sentido la Sta. de 17 de noviembre de 1.982.: "...que expuesta la antedicha dificultad y sutaliza probatoria y no bastando ciertamente la mutua y recíproca manifestación de la actora en sus alegaciones y del demandado rebelde al confesar sobre la ausencia total de intención de contraer matrimonio al tiempo de manifestar una voluntad, que califican de absolutamente simulada, por no ser transigible, la cuestión litigiosa sometida a consideración, es necesario acudir a actos y conductas anteriores y posteriores al supuesto matrimonio, llevados a cabo por las partes, y de los que pueda seriamente deducirse su repetida alegación, actos y conductas...". Revista Jurídica de Catalunya, 1.983-1º. Pág. 268.

337.-La inexistencia de convivencia se constató en la mayoría de sentencias de la jurisprudencia italiana, antes de la entrada en vigor del vigente art. 123 del Código civil, admitiendo la simulación del matrimonio por ausencia de consentimiento.



Exponemos que un indicio probatorio de la existencia del acuerdo es la no convivencia con posterioridad al acto de celebración del matrimonio. La expresión convivencia que aquí utilizamos, va referida a la convivencia conyugal como expresión de la asunción de los derechos y deberes correlativos del matrimonio (ayuda mutua, socorro, fidelidad... arts.67 y 68 C.c.). Porque puede también hablarse de convivencia, pensando en el hecho fáctico de vivir en el mismo domicilio. Esta situación, a su vez, puede darse aunque entre las partes no exista ninguna relación interpersonal.

Y esa es la previsión del art.87 del Código civil referido al supuesto de "cese efectivo de la convivencia" declarando compatible este cese con el mantenimiento de la vida en el mismo domicilio.

MONTES PENADES<sup>338</sup> afirma que el cese efectivo de la convivencia conyugal se ha de entender como una finalización de la convivencia "animo et corpore", pensando en un factor material y un factor espiritual, al admitir el propio art.87 que cabe una separación física, por cuestiones laborales profesionales o cualesquiera otra de naturaleza

---

338.-MONTES PENADES, Vicente L.-Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia. Volumen I. Ed. Tecnos, 1.984. en comentario al art.86 del código civil. Pág.513-514.

análoga, sin conllevar un cese efectivo de la convivencia (art.87.Párrafo 2º C.c.).

Aplicado al matrimonio simulado puede dar lugar a las siguientes hipótesis que parten de un mismo presupuesto: las partes deciden celebrar el matrimonio con la voluntad de no asumir el vínculo; los derechos-deberes y con independencia de las motivaciones subjetivas o "causa simulandi" que les hayan llevado a tal decisión.

A partir del momento de la celebración, puede suceder, que las partes no vivan en el mismo domicilio<sup>339</sup>, lo que servirá como dato al juez para presumir que no ha existido convivencia y junto a otras pruebas decretar la simulación. Pero puede ocurrir, el caso contrario, que las partes compartan el mismo domicilio a pesar de la existencia del acuerdo simulatorio.

A efectos de prueba, el juez deberá dilucidar si simplemente ha existido convivencia en el mismo domicilio<sup>340</sup>, sin calificarla de verdadera convivencia

---

339.-En cuyo caso deberan demostrarlo ante el juez competente que conozca de la nulidad del matrimonio por simulación, para que sea ineficaz la presunción que realiza el art.69 del Código civil: "se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos".

340.-Puede aplicarse también la previsión del art.87 del C.c. de acreditar por cualquier medio admitido en derecho, en el proceso de nulidad que, el hecho de compartir el domicilio se debe a una necesidad económica, social, etc..

conyugal o, si por el contrario, atendiendo a conductas y comportamientos posteriores a la celebración ha existido, a pesar del pacto, verdadera convivencia conyugal, que supondría la revocación del pacto, la asunción del vínculo y la convalidación del matrimonio.

#### 3.7.4.-ACCIÓN DE SIMULACIÓN.

Las características que se predicen de la acción de simulación en la teoría general del Negocio jurídico, son básicamente tres: la subsidiariedad, la imprescriptibilidad y la generalidad<sup>341</sup>. Analizando las características mencionadas, iremos comprobando si se adecuan o no a la acción de impugnación del matrimonio simulado, sin olvidar, en ningún caso, las características propias de la figura en estudio cual es el consentimiento matrimonial.

La subsidiariedad de la acción, como primera de las características señaladas, significa que el ejercicio de la acción procederá únicamente cuando el negocio jurídico no pueda ser invalidado de otro modo. Efectivamente definíamos el matrimonio simulado como aquel que reunía todos los requisitos de capacidad y forma. La única causa, si no ha afectado otra circunstancia al consentimiento, para solicitar

---

341.-CARCABA FERNANDEZ, Maria.-La simulación en los negocios jurídicos. Ed. Bosch, Barcelona, 1.986. Pág.101.

del juez la declaración de nulidad, será la ausencia de consentimiento matrimonial, con lo que la nota de subsidiariedad no se ajusta a la acción de nulidad por esta causa. Cuestión diferente es, que los cónyuges, ante la dificultad de probar la simulación, decidan acudir a la vía del divorcio, pretendiendo la disolución del vínculo.

Esta opción, puede darse en la realidad, sin embargo jurídicamente hemos de reconocer que la solución no es correcta, porque por el divorcio se disolvería, en este caso un vínculo que jurídicamente es nulo, ya que no se ha creado y, la disolución del vínculo conlleva necesariamente la existencia válida y legítima del mismo.

Con respecto a las otras dos características, la imprescriptibilidad y la generalidad, merecen a nuestro juicio, un examen más profundo, por lo que se refiere a la aplicabilidad de las mismas a la acción de nulidad por simulación matrimonial.

La imprescriptibilidad conlleva que el paso del tiempo no influya sobre el ejercicio de la acción. En buena lógica, se argumenta que bajo la apariencia del negocio simulado, ( en la simulación absoluta que es la única referida al matrimonio), existe la "nada", un vacío jurídico que en ningún caso, ni por el transcurso del tiempo, puede producir efectos o convalidarse.

La generalidad, significa que la acción no es pública, sin embargo el ejercicio no está limitado solo a las partes, ya que puede extenderse a terceros que justifiquen un interés suficiente y digno de tutela.

Esta última característica, a priori, no puede predicarse de la acción de nulida por simulación matrimonial, al estar legitimado el Ministerio Fiscal (Vid. art.74 C.c.) en virtud de las singularidades del negocio matrimonial, convirtiéndolo a la acción en pública <sup>342</sup> o semi-pública.

La norma prevista por el legislador para el supuesto de la acción, es la contenida en el art.74 del C.c. Como la doctrina ha indicado es una norma general<sup>343</sup> que no sólo resulta de su colocación sistemática, sino porque en ella están comprendidos todas las causas de nulidad para las que no existe o no está prevista una regulación especial, en este sentido el matrimonio contraído sin consentimiento, con impedimentos, con incapacidad o sin la forma prescrita por el ordenamiento jurídico.

---

342.-El Código civil legitima al Ministerio Fiscal para la nulidad de matrimonio, excepto en los casos de error, coacción o miedo grave. Para estas causas de nulidad matrimonial sólo está legitimado el cónyuge que haya sufrido el vicio (Vid. art.76 C.c.).

343.-GETE-ALONSO, M<sup>a</sup>. Carmen. -Comentarios a las Reformas. Op.cit. comentario al art.74 del C.c. Pág.390 y s.s.

El citado art.74 reza del tenor siguiente: "La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes".

El supuesto de hecho contempla dos elementos importantes de resaltar: en primer lugar las personas legitimadas para el ejercicio de la acción y, en segundo término, sienta el principio de imprescriptibilidad de la acción.

En relación a las personas legitimadas, en primer lugar, otorga el ejercicio de la acción a los cónyuges, es decir, a las personas que en el supuesto de la simulación han celebrado el aparente matrimonio.

No toda la doctrina es unánime en admitir la legitimación de los cónyuges para tal ejercicio, conforme principio de que: "no se debe escuchar a nadie que invoque su propia torpeza"<sup>344</sup> y, aunque se reconoce que la posibilidad de actuar de los simulantes pueda chocar con la doctrina de actos propios, el sistema jurídico da prioridad en este caso, "al retorno a la licitud, antes que a los

---

344.-En este sentido PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M.-Derecho de Familia.Op.cit.Pág.61.